Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIX.

Ueber den nach des Mandators Tode zu vollziehenden Auftrag.

Von
Dr. S. Zimmern.

Ob ein nach des Gewaltgebers Tode zu vollziehender Auftrag ertheilt werden könne, iſt bekanntlich eine, ſowohl für das alte als Juſtinianeiſche Recht, beſtrittene Frage [1]). Zu ihrer Beantwortung iſt uns jetzt eine neue Quelle zu Theil, aber eben dadurch auch eine neue Erörterung nothwendig geworden. Glück, der dieſe Frage ſelbſt für das Vorjuſtinianeiſche Recht zu bejahen keinen Anſtand nahm, bemerkt, daß dieſes dann freilich unbegreiflich wäre, wenn man wirklich keine obligatio oder actio erſt mit dem Erben hätte beginnen laſſen können [2]); allein aus §. 13. J. de inut. stipul. ginge hervor, daß dieſes bei post mortem *dari sibi* eingegangenen Stipulationen Rechtens geweſen wäre, nicht aber bei irgend einem andern „nach dem Tode des Mandanten entweder zu ſeinem oder zu eines Dritten Vortheil“ zu vollziehenden Auftrag [3]), und ſomit hinge dieſer Rechtsſatz mit unſrer Frage gar nicht zuſammen. — Allein wen nicht ſchon die bisherigen Zeugniſſe von der völligen Allgemeinheit

1) Glück Comm. B. 15., S. 136 — 145.
2) Glück a. a. O. S. 343.
3) Glück, S. 344, 345.

jenes von Juſtinian aufgehobenen Grundſatzes überzeugen konnten [4]), der darf ferner weder ſeine Allgemeinheit, noch ſeine Anwendbarkeit auf den gegenwärtigen Fall läugnen, da Gajus in ſeinen Inſtitutionen folgendes ſagt:

Gajus Comm. III. §. 158.

Item si quis post mortem meam (*aliquid mihi*) faciendum mandet, mutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse.

Den Grundſatz, welchen hier Gajus ausdrücklich als ratio der Ungültigkeit irgend eines nach dem Tode zu vollziehenden Mandats angibt, hat er noch an andern Orten wiederholt [5]). Aber nicht daraus erklärt ſich ein anderer, ſehr bekannter, und auch von Juſtinian nicht aufgehobener Rechtsſatz, daß das Mandat mit dem Tode des Mandanten oder Mandatars erliſcht; denn ſonſt hätte jedes Menſchen Tod ein allgemeiner Tilgungsgrund aller ſeiner obligatoriſchen Rechtsverhältniſſe ſeyn müſſen, und der uralte Satz, daß in der Regel alle Obligationen und Actionen auf und gegen die Erben gehen, müßte zur Lüge werden. Vielmehr hängt dieſes hier, wie z. B. auch bei der societas, mit der beliebigen Widerruflichkeit derſelben zuſammen, weil man alsdann den Tod wie einen ipso jure geſchehenen Widerruf be,

4) L. 11. C. de contr. et comm. stip. (8,38.): „Scrupulosam veterum inquisitionem, utrum post mortem, vel cum moreretur, vel pridie quam moreretur stipulatus sit aliquis, vel in testamento — — dereliquerit, penitus amputantes: omnia quae vel *quocunque contractu*, vel stipulati *vel pacti sunt* contrahentes — — — etiamsi post mortem — — etc. L. un. C. ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipiant (4,11.): " Cum stipulationes et legata *et alios contractus* post mortem compositos antiquitas quidem respuebat — — etc. Theoph. ad §. 13. J. 3, 9. und ad §. 35. J. 2., 20., L. 8. fin. C. Th. de div. reser. (1,4.).

5) Gaj. II., 232., III., 100, 117, 176.

trachtet [6]). Dagegen der anfangs erwähnte Rechtssatz hat den Sinn: es kann nicht zum Voraus festgesetzt werden, daß etwas erst dem Erben des Gläubigers oder vom Erben des Schuldners erfüllt werde [7]), also z. B. ich kann post mortem meam dari nicht stipuliren, post mortem heredis dari nicht legiren, aber wer blos stipulirt: dari spondes, der kann immerhin sterben, ohne daß sein Erbe die ex stipulatu actio verliert, weil sie vom Vorgänger wenigstens angestellt werden konnte. Ja sogar von der stipulatio cum moriar, oder cum morieris sagt §. 15. J. de inut. stip: „ut *apud veteres utilis erat*, et nunc valet." Zwar verwirft sie Gajus (III, 100.) ebenfalls, allein da er doch ein solches Legat gelten läßt (II, 232), so geht daraus hervor, daß hierüber Partheystreit herrschte [8]); dieser beruhte aber nicht auf einem Zweifel an dem Grundsatze überhaupt, sondern auf der auch in der damaligen Philosophie bestrittenen Frage [9]): ob der Moment des Todes zum Leben oder zum Tode gehöre? —

6) Zur Realisirung ist darum auch nichts als der neue Consens des Erben nöthig. So kömmt in L. 9. §. 1. de jure dot. (23,3.), ein Auftrag vor des Inhalts: daß die dem Mandatar tradirten Sachen „nuptiis secutis dotis efficiantur," allein der Mandans stirbt vor der Hochzeit, und es entstand die Frage: „an secutis nuptiis dotis esse incipiant?" worauf Ulpian antwortet: er glaube kaum, daß es anginge, denn die donatio hing ab vom dies nuptiarum, wie aber der eingetreten sey, waren die Objecte schon auf den Erben des Auftraggebers eigenthümlich übergegangen, „a quo discedere rerum non posse dominium *invito eo* fatendum est," also mit dem Tode wird neue Willensäußerung nothwendig, vgl. Meine Recens. von Savigny in seiner Zeitschrift. B. 4., H. 1., Nr. I. in den Heidelb. Jahrb. 1820, S. 811 — 814.

7) — — „Ab herede actionem non incipere, *quae non competierit testatori*" L. 8. C. Th. cit, oder: „actio *adversum nos non coepta* (*a nobis non coepta*) adversus (ad) heredes nostros non transit." Theoph. ad §. 35. J. cit.

8) S. auch L. un. C. cit.

9) Gell. N. A. VI, 13.

Wenn das Mandat mit dem Tode erliſcht, wenn der Mandator auch keinen nach ſeinem Tode zu vollziehenden Auftrag geben kann, ſo dürfte, wer minder ſcharf als die Römer unterſcheidet, in dem Inſtitut des adstipulator einen Widerſpruch finden. Der adstipulator nämlich, dem Namen nach ſchon aus Cicero [10]) bekannt, iſt, wie uns Gajus lehrt, derjenige, welcher ſich neben dem stipulator daſſelbe wie dieſer ſtipuliren läßt, und alſo im Verhältniß zum Promittenten weder in Hinſicht des Rechts zur Klage, noch zum Empfang der Zahlung, von dem Hauptgläubiger abweicht; obgleich er im Verhältniß zu dieſem nur Mandatarius iſt, alſo das Empfangene zurückgeben muß [11]). Eines ſolchen Adſtipulators nun kann ſich derjenige bedienen, der eine von ſeinen Erben erſt geltend zu machende Stipulation eingehen möchte, ja das war ſogar der weſentlichſte Zweck des Inſtituts [12]). Wenn nämlich A zu B ſagt: post mortem meam dare spondes? ſo iſt die Stipulation unwirkſam, wenn aber daneben auch C zu B ſagt: idem dare spondes? ſo beſteht zwiſchen dieſen beiden letzten Perſonen eine post mortem *alterius*, nämlich des A, zu erfüllende Obligation, woran die Römer nie Anſtand nahmen [13]). Was aber nun B von C nach dem Tode des A erlangt hat, deſſen Reſtitution kann ſich der Erbe des A mandati judicio erzwingen [14]). Das Mandat war hier weder anfangs ungültig, noch mit dem Tode des A erloſchen. Der an den B ergangene Auftrag war: „ſaſſe dir idem ſtipuliren,“ und mit deſſen Vollziehung war das Mandat erfüllt. Klagt nun B ex stipulatu, ſo bedient er ſich ſeines durch die Stipulation

---

10) Cic. pro Quinctio c. 18; in Pisonem c. 9.; ad Brut. in fin.; auch Fest. sub voc. Reus stipulando.

11) Gaj. III., 110 — 114, 117, 126.

12) Gaj. III., 117.

13) §. 16. J. de inut. stipul. L. 45. §. 2. D. de V. O. (45,1.)

14) Gaj III., 117.

erworbenen Rechts. Darum kann er ſelbſt invito creditore klagen [15]), was nicht anginge, wenn auch das Anſtellen der Klage noch im Mandat begriffen wäre, indem ja dann der Mandans revociren könnte. Ja das Klagen konnte hier gar nicht einmal mandirt werden, denn da es ſich um eine erſt nach des Mandators Tode ein Klagrecht gebende Stipulation handelt (post mortem meam dari spondes?), ſo würde der aufs Klagen geſtellte Auftrag null ſeyn. Alſo muß man ſich damit begnügen, das bloße Stipuliren zu mandiren — denn ſo viel wird bei Lebzeiten erfüllt — und es der guten Geſinnung des adstipulator überlaſſen, ob er nachher ſein ex stipulatu erworbenes Recht wirklich geltend machen wolle. Darum ſagt auch Gajus nicht, daß der adstipulator vom Erben des stipulator zum Klagen gezwungen werden könne, ſondern nur, daß, wenn er geklagt und etwas erlangt habe, dieſem mandati actio zuſteht [16]). Denn es verſteht ſich von ſelbſt, daß der Mandatar dasjenige, was er aus einem bereits bei Lebzeiten erfüllten Mandat (hier: aus der eingegangenen Stipulation) nachher gewonnen hat, an den Erben des Gewaltgebers eben ſo gut zurückzahlen [17]), als dieſer im umgekehrten Falle den Mandatarius für ſeine gehabten Auslagen decken muß [18]), und zwar, wie Paulus nach ſeiner Gewohnheit kurz und treffend ſagt: quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati

---

15) Arg. L. 108. init. D. de solutt., und deſſen, was ſelbſt beim adjectus gilt (Note 20.).

16) „Adhibetur autem stipulator, ut is post mortem nostram agat: *qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo* mandati judicio heredi * * * * tenetur, Gaj. III., 117. (alſo nicht: *ut agat* mandati judicio tenetur.)

17) Es iſt dies ja ſogar der Fall, wenn der Mandatar nach ſeines Gewaltgebers ihm unbekannten Tode den Auftrag erfüllt hat §. 10. J. mand. L. 26. pr. §. 1. D mand. L. 77. §. 6. de leg. II., L. 19. §. 3. fin. de donatt.

18) L. 14. pr. §. 1. D. mand. L. 47. de coad. indeb. (12,6.)

actio solvitur [19]). Wäre die Stipulation gar nicht auf den Todesfall eingegangen worden, ſondern blos durch dare spondes und idem dare spondes? ſo hat es keinen Anſtand, daß ſogar der Erbe des erſten Stipulators klagen konnte; und wenn folglich jemand sibi aut Titio hat ſtipuliren laſſen, ſo kann der adjectus Titius zwar nicht klagen, weil er nicht ſelbſt ſtipulirt hat, aber allerdings die Zahlung empfangen, wegen deren Reſtitution jener Erbe zur mandati actio berechtigt iſt [20]).

Die Nothwendigkeit der oben erwähnten Umwege beweist, wie feſt der Grundſatz im alten Rechte ſtand: es könne kein nach des Mandanten Tode erſt zu vollziehender Auftrag ertheilt werden. Daß dieſe Regel aber als bloßer Folgeſatz eines von Juſtinian aufgehobenen Grundſatzes conſequenter Weiſe wegfallen müſſe, iſt doch wohl ſchon jetzt gewiß, und es muß inſofern die andere, nie aufgehobene Regel: „das Mandat erliſcht mit dem Tode“, im Juſtinianiſchen Rechte dahin modificirt werden: „es ſey denn, daß es erſt nach dem Tode vollzogen werden ſoll.“ — Juſtinians Abſicht, auch jenen Folgeſatz zu vertilgen, ergibt ſich aber

1) Aus L. un. C. cit. (Note 4.), worin er alle contractus post mortem compositos für gültig erklärt.

2) Daraus, daß der Kaiſer den erwähnten §. 158. des Gajus in ſeinen Inſtitutionen gänzlich ignorirt.

3) Daraus, daß ſelbſt die Pandekten ein mandatum post mortem gelten laſſen. Daß ſolche Stellen freilich interpolirt ſeyn müſſen, iſt jetzt gewiß. Zwar von L. 12. §. ult. D. mand., deren Verfaſſer Ulpian iſt, möchte ich dieſes mit völliger Entſchiedenheit dennoch nicht behaupten. Sie lautet, wie folgt:

---

19) L. 58. pr. D. mand.

20) L. 59., L. 10, 11, 12. §. 1., 3. vgl. mit L. 12. pr. §. 2, 4. D. de solutt. (46., 3.) L. 71. pr. L. 106. D. eod. L. 131. §. 1. D. 45., 1. u. ſ. w.

Marcellus scribit, si *ut post mortem sibi monumentum fieret*, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere: illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum: potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum: maxime si jam quaedam ad faciendum paravit.

Hier könnte man allenfalls denen beistimmen, welche darin entweder eine aus religiösen Rücksichten, oder etwa bei allem, was nur nach dem Tode erfüllt werden kann, geltende Ausnahme finden wollen. Denn so gilt z. B. auch im alten und Justinianeischen Rechte in favorem dotis [21]), und auch libertatis [22]), eine Ausnahme des alten und Justinianeischen Grundsatzes, daß das Mandat mit dem Tode erlischt.

Wenn nun aber unmittelbar nach jener Stelle Gajus sagt: (L. 13. D. mand. Gajus Lib. 10. ad Edict. provinc.)

Idem est et si mandavi tibi, *ut post mortem meam heredibus meis emeres fundum*,

so wird nun niemand mehr mit Noodt [23]) an einen Platz für ein Erbbegräbniß denken wollen. Soll Gajus zum Edict nicht seinen Institutionen widersprechen, so muß er in L. 13. cit. grade das Gegentheil dessen, was ihm die Compilation unterlegt, gesagt haben; etwa „*non* idem — —“, oder, was am natürlichsten ist, in seinem Zusammenhange sprach er von einem ungültigen Mandat, und fuhr fort: „idem est — —“. Die Compilatoren bringen aber durch den von ihnen geschaffenen Zusammenhang das Umgekehrte

---

21) L. 9. §. 1. de jure dot. vgl. mit meiner Note 6) cit. Recension.

22) L. 4. pr. de man. vind. (40,2.).

23) *Noodt* Observ. L. 2., c. 3.

heraus; denn die vorangehende Stelle läßt das Mandat gelten, entweder weil auch ſie interpolirt iſt, oder weil ſie eine, jetzt freilich mit der Regel zuſammenfallende, und darum auch nicht mehr als ſolche hingeſtellte, Ausnahme enthielt. Eben ſo konnte auch die

L. 27. §. 1. mand. Gajus Lib. 9. ad Ed. provinc. Si servum ea lege tibi tradidero, *ut eum post mortem meam manumitteres*, constitit obligatio — —,

durch bloße Hinweglaſſung des Wörtchens „non“, oder Hineinſetzung der Worte „post mortem meam“ leicht interpolirt werden.

Wie man die Gültigkeit eines post mortem zu vollziehenden Mandats auch für das alte Recht hat vindiciren können, iſt alſo ſchon durch die hier angeführten Stellen klar; denn daß der Juſtinianeiſche Gajus interpolirt ſey, konnte ja erſt durch Auffindung eines ächten Gajus ſchlagend bewieſen werden! — Aber wie konnten wieder andere grade umgekehrt die Wahrheit dieſes Satzes ſogar für das Juſtinianeiſche Recht in Abrede ſtellen? Ein Grund war die nicht zuſagende Inconſequenz, daß ein Mandat mit dem Tode aufhören, und dennoch über das Leben hinaus ſoll ertheilt werden können. Allein da dieſer Vorwurf nicht das alte Recht trifft, ſo beweist er jetzt weiter nichts, als wie ſehr ſich ein Geſetzgeber hüten müſſe, daß er nicht mit plumper Hand in ein organiſches Rechtsſyſtem ändernd eingreife, und in der Meinung, überflüſſige, den Verkehr hemmende Subtilitäten zu tilgen, die ſchöne Harmonie des Ganzen zerreiße. Der zweite Grund lag in L. ult. D. de solution. Dieſe lautet nach der Florentina ſo:

Paulus lib. 2. manual.

Ei qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur, quia talis est lex obligationis: ideoque etiam invito me recte ei solvitur. Ei autem, cui jussi debitorem meum post mortem

meam solvere, non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur.

In dem erſten Theile der Stelle iſt von demſelben Verfahren die Rede, was oben bei Gelegenheit des Adſtipulators geſchildert worden, nämlich daß ſich jemand auf meinen Auftrag etwas post mortem meam ſtipuliren ließ, und wäre noch dabei bemerkt, daß er dadurch nur einer — von mir ſelbſt eingegangenen — Stipulation beigetreten ſey, ſo hätten wir ſogar noch den wahren adstipulator. Daß nicht etwa der Sinn der ſey: es ſollte erſt post mortem ſtipulirt werden, geht daraus hervor, daß von dem erworbenen Rechte invito me die Zahlung anzunehmen, alſo von einer zu meinen Lebzeiten ſchon abgeſchloſſenen Stipulation die Rede iſt. Dafür iſt aber gar kein Grund vorhanden, mit Cujacius zu leſen: „Ei qui mandatu meo stipulatus est, post mortem meam recte solvitur," wenn auch gegen die Wahrheit dieſes Satzes weder nach altem noch nach neuem Rechte etwas einzuwenden iſt. Daß dagegen der zweite Theil der Stelle mit Cujacius alſo geleſen werden müſſe: „Ei autem cui jussi debitorem meam solvere, post mortem meam non recte solvitur: quia mandatum morte dissolvitur," und daß dafür Handſchriften und die Baſiliken ſprechen, und daß ſonſt der angeführte Grund unpaſſend wäre — haben ſchon andere bemerkt [25]). Wollte man ſich aber auch nicht von der Florentiniſchen Lesart entfernen, ſo würde daraus doch nur ſo viel folgen, daß die Stelle zwar eine hiſtoriſche, freilich durch ſchlechten Grund unterſtützte [26]), Wahrheit enthielte, aber den widerſprechenden Stellen, die erwieſenermaßen Juſtinians Anſicht enthalten, in der Praxis nachſtehen müßte.

24) *Cujacius* Observ. I., 38.
25) Glück, a. a. O. S. 341, 342.
26) Denn ſtatt: „quia mandatum morte dissolvitur" müßte ſtehen: „quia ab heredis persona obligatio incipere non potest."